

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La politique européenne des télécommunications

van der Mensbrugghe, François; Pouillet, Yves

Published in:
Le service public européen

Publication date:
1995

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
van der Mensbrugghe, F & Pouillet, Y 1995, La politique européenne des télécommunications. Dans *Le service public européen*. s.n., s.l., p. 224-245.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

PLAN

Introduction

Chapitre I. Service universel "versus" service public : les leçons d'un choix technologique et les questions fondamentales soulevées par ce concept

I. Service public, intérêt public et service universel

- A. Le service public dans la doctrine des pays de Civil Law
- B. Du "public interest" au "universal service" : la doctrine américaine

II. Lien service universel - production de services par un monopole

- A. Un lien initialement étroit
- B. Un lien progressivement relâché

III. Service universel dans un cadre non monopolistique

- A. La notion
- B. Les questions essentielles du service universel

Chapitre II. Le droit communautaire des télécommunications : de l'émergence du service universel et de sa consécration progressive

I. Les étapes de la politique communautaire des télécommunications

- A. 1ère étape : les prémisses : l'application judiciaire des règles de concurrence
- B. 2ème étape : l'option interventionniste : du Livre Vert de 1987 à son application
- C. 3ème étape : au-delà du Livre Vert de 1987 : de la libéralisation à la société de l'information

II. De quelques éléments fondamentaux dans la politique communautaire des télécommunications

- A. Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes
- B. Le principe de subsidiarité
- C. Le service universel
 - a. Contenu et extension de la notion : Europe v. Etats-Unis
 - b. L'autorité en charge de la définition du service universel
 - c. Le financement du service universel
 - d. L'opérateur en charge du service universel

Conclusions

INTRODUCTION

Le présent rapport a pour objet de déterminer quel place le service public tient dans la politique européenne des télécommunications et quel rôle joue l'acteur public à la fois dans sa réglementation et dans son exploitation.

Notre propos sera double.

Le chapitre I étudie la notion américaine de service universel, l'oppose à celle européenne de service public et examine les questions clés de son développement.

Le chapitre II constate la progressive émergence de la notion de service universel dans la politique européenne des télécommunications. Tout d'abord, liée aux seules règles de la concurrence, la notion s'impose progressivement comme la condition fondamentale d'une société démocratique de l'information.

Rapport remis à TEPSA, dans le cadre d'une étude commanditée par l'ISUPE.

Chapitre I. Service universel "versus" service public : les leçons d'un choix terminologique et les questions fondamentales soulevées par ce concept

Encore récemment, la notion de "service universel" était inconnue du vocabulaire européen. Circonscrire cette notion, au demeurant impossible à définir de manière précise¹, exige de répondre au préalable à trois questions. La première a trait à la place occupée par ce concept nouveau eu égard à la notion traditionnelle de service public (I). La seconde question s'intéresse au lien initial présent dans la doctrine américaine des années 30 : service universel - production de services dans un cadre monopolistique (II). L'attention se tournera enfin vers la notion de service universel détachée du cadre monopolistique, et aux obligations et prérogatives qui s'y rattachent (III).

I. Service public, intérêt public et service universel

D'apparition récente en Europe, la notion de service universel ne recouvre pas à proprement parler le service public. Ce concept neuf s'en distingue quant à ses origines.

A. Le service public dans la doctrine continentale européenne classique

Historiquement, la notion de service public a trouvé son essor dans les pays de droit romano-germanique². Dans les pays de droit anglo-américain, le terme est marginalement usé, voire inexistant^{3 4}. Au demeurant, le rôle même de l'Etat^{5 6} et des

¹ "Le terme de 'service universel' ne figure dans aucune loi de droit public ('appears in no public law') et il n'y a aucune source faisant autorité qui le définit précisément, et encore moins, indique comment l'atteindre". K. GORDON, J. HARLING, "Are Recent FCC Telephone Rate Reforms a Threat to Universal Service?", texte de conférence prononcé le 14 décembre 1983, non publié, p. 2; "Il n'y a sans doute aucun autre objectif de politique réglementaire qui ait fait l'objet de tant de débats, sans définition précise, que celui de service universel", L. PRESLER, K.V. SCHIEFFER, "A Proposal for Universal Telecommunications Service", *Federal Communications Law Journal*, Vol. 40, n° 3.

² Pour rappel, voir "L'Ecole du service public" fondée par Léon Duguit, et ses représentants, Gaston Jèze, Roger Bonnard.

³ Le texte présent emprunte l'expression "droit anglo-américain" alors qu'il est de plus en plus contesté en droit comparé. Le droit américain a en effet vu se développer ses propres attributs qui le différencient aujourd'hui de la "common law" anglaise. Sur cette question, cfr. Peter DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, London, Cavendish Publishing Limited, 1995, pp. 103-104. Sur l'expression de "droit romano-germanique", *ibid.*, p. 43.

⁴ L'expression "public service" en anglais peut revêtir l'une des trois significations suivantes : a) elle peut désigner la *fonction publique* (eg. "... it was the Progressives who based the public service on the bedrock of merit selection, tenure, and position classification. And it was their faith in the possibility of good government that attracted thousands of highly talented, public-spirited

visions différentes quant à la manière dont l'Etat pourvoit aux missions d'intérêt général expliquent cette approche différente.

L'équation "personnes publiques = intérêt général" a longtemps prévalu les pays de droit romano-germanique⁷. Ainsi, les personnes étrangères au cercle de personnes publiques se voyaient dénier toute possibilité d'incarner l'intérêt général⁸. Il suffisait d'ériger par la loi certaines tâches, considérées comme d'intérêt général, en activités de service public, pour confier la gestion de ces services publics en exclusivité à des personnes publiques (Etat, provinces, communes, établissements publics, etc.)⁹.

A ce sens strictement *organique* de la notion de service public s'est alors greffé un sens *fonctionnel, matériel*. Dans ce schéma, un organisme privé (concessionnaire, autorisé, ou agréé) est appelé à assumer l'exécution d'une activité érigée en service public par le législateur. Ce faisant, l'organisme est soumis, quant à ses activités de service public, à un régime de droit public (et notamment aux principes de mutabilité, de continuité, et d'égalité des usagers¹⁰).

La notion de service public, voyons-nous, se confond au point de départ avec l'*organisation* de caractère public chargée de l'assurer¹¹. La notion de service universel, d'origine américaine, "est d'emblée centrée sur le contenu du service considéré comme d'intérêt général"¹².

citizens into careers in government", John J. DILULIO (Editor), *Deregulating the Public Service. Can Government Be Improved?* Washington D.C., The Brookings Institution, 1994).

b) Elle peut se référer à une *ensemble de services de base* dissocié de tout régime juridique particulier (eg. "As the UN points out, some very poor countries have done well in health and education. The characteristic they share is governments, national and local, that direct their (modest) spending to make sure that the poor - especially women - have access to public services", *The Economist*, August 19th 1995, p. 14).

c) Elle peut recouvrir une *connotation éthique* (eg. "... free institutions, public service and active civic spirit deployed to social ends are the lifeblood of the properly-ordered commonwealth, the fundamental preconditions for peace, harmony and material progress". *The Economist*, 14th January 1995, p. 87).

⁵ Sur le rôle de l'Etat, interventionniste ou supplétif, voir Ch. MILLON-DELSOL, *L'Etat subsidiaire*, Paris, P.U.F., 1992.

⁶ Hegel est parfois cité à l'appui de la distinction entre Etat interventionniste et Etat non interventionniste : pour plus de détails, N. GARNHAM, "Universal Service, Objectives and Practice in International Comparison", texte de conférence prononcé le 14 novembre 1988, *Die Zukunft der Telekommunikation in Europa*, Bonn, W.I.K., 1988, p. 4.

⁷ "Sous l'Ancien Régime comme de nos jours, il n'y avait ville, bourg, village, ni si petit hameau en France, hôpital, fabrique, couvent ni collège, qui pût avoir une volonté indépendante dans ses affaires particulières, ni administrer à sa volonté ses propres biens. Alors, comme aujourd'hui, l'administration tenait donc tous les Français en tutelle", TOQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, pp. 79-80, in Ch. MILLON-DELSOL, *L'Etat*, *op. cit.*, pp. 65-66.

⁸ "La légitimité est toujours du côté de l'administration et les particuliers, les groupes, les collectivités et les représentants politiques sauf ceux qui sont - et encore - au gouvernement sont toujours soupçonnés de partialité", M. CROZIER, *Où va l'administration française?*, Paris, Les Ed. d'Organisation, 1974, pp. 23 et s.

⁹ "Les personnes publiques administratives accomplissent leur mission - la réalisation du bien public - par le truchement des administrations et des services publics qu'elles créent et qui sont placés sous leur haute direction", A. BUTTGENBACH, *Manuel de Droit Administratif*, 1ère Partie, 3ème éd., Bruxelles, Larcier, 1966, p. 9.

¹⁰ Voir *supra*; et voir A. BUTTGENBACH, *Manuel de Droit*, *op. cit.*, pp. 75-93, pp. 270-280.

¹¹ Y. POULLET, "L'entreprise publique a-t-elle un avenir?", in *Le droit des affaires en évolution*, Colloque Bruxelles, 28.10.93, p. 63 et s.

¹² *Ibid.*

La notion de service public est, quant à elle, largement inconnue du vocabulaire juridique anglo-américain¹³. Spécifiquement en ce qui concerne les Etats-Unis, l'économie du pays se singularise par son caractère concurrentiel et par la prévalence de l'initiative privée. Dès lors, l'intervention des institutions publiques dans la production de services s'y manifeste de façon limitée¹⁴. Le rôle de l'Etat demeure traditionnellement supplétif, l'intervention, l'exception.

B. Du "public interest" au "universal service" : la doctrine américaine

Quelques secteurs de l'économie américaine, les "public utilities"^{15 16} ont néanmoins appelé une prise en main réglementaire, faute pour la "main invisible" chère à Adam Smith, de satisfaire son rôle régulateur du marché^{17 18}. Dans ces conditions, la "Commerce Clause"¹⁹ et la notion de "public interest"^{20 21} ont permis d'assurer la

- 13 Au demeurant, aucune définition n'en est rapportée dans les ouvrages de référence principaux : voir *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980; *The Concise Oxford Dictionary of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1983; S.H. GIFIS, *Barron's Law Dictionary*, New York, Barron's, 1984.
- 14 "Inspired by Lockean principles of natural law, classic American ideology seeks individualism, fragmentation of private power, limitation of government (with the notable exception of guaranteeing physical security) and protection of property rights and contracts. As applied to communications policy, this philosophy has justified a government role that is far narrower than in most other countries and has based government's residual role on the grounds of market failure and national security", St. R. BARNETT, M. BOTEIN, E.M. NOAM, *Law of International Telecommunications in the United States*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 17.
- 15 Aucune définition précise n'est donnée pour caractériser les "public utilities". Par "public utility" il faut entendre une "société qui, d'après la nature de ses activités ('because of the nature of its business'), recèle les caractéristiques d'un monopole naturel", S.H. GIFIS, *Barron's Law* ..., *op. cit.*, p. 377. D'après un autre auteur, "l'expression se réfère à un groupe d'entreprises variées soumises depuis des décennies à une réglementation minutieuse des tarifs et des services, arrêtée aux niveaux local, étatique et fédéral", Ch.F. PHILIPPS, Jr., *The Regulation of Public Utilities*, Arlington (Virginia), Public Utilities Reports, Inc., 1993, p. 4.
- 16 Les "public utilities" aux Etats-Unis représentaient 7,5 % du revenu national en 1990, et employaient 5,8 millions de personnes, soit 5,3 % de la population active (secteur agricole exclu), Ch.F. PHILIPPS, Jr., *The Regulation of ...*, *op. cit.*, p. 10.
- 17 "Market failure exists when the traditional competitive mechanisms for limiting economic power cannot operate, due to the particularities of an industry. In the case of telecommunications, these particularities include : the absence of property rights in the electromagnetic spectrum; the natural-monopoly characteristics often found in telecommunications networks; and the public-good externalities of universal service", St.R. BARNETT, M. BOTEIN, E.M. NOAM, *Law of International ...*, *op. cit.*, p. 17.
- 18 "La principale fonction de la réglementation est de se substituer aux carences du fonctionnement 'normal' du marché. La plupart du temps pour des raisons négatives (contrôle et limitation des excès constatés : gaz, téléphone, électricité, chemins de fer) ou par absence d'entreprises privées (eau). Plus rarement pour des raisons positives (...)", J.P. SIMON, *L'Esprit des règles, réseaux, et réglementation aux Etats-Unis*, Paris, Editions L'Harmattan, 1991, p. 25.
- 19 La "Commerce Clause" (article 1er, Section 8, alinéa 3 de la Constitution américaine) prévoit que le Congrès a autorité pour "réglementer le Commerce avec les nations étrangères, entre les Etats fédérés, et avec les tribus indiennes". Durant environ un siècle, peu de cas avait été fait de la "Commerce Clause". Consécutivement à la création de l'"Interstate Commerce Commission" en 1887, cette clause a fait l'objet d'une utilisation de plus en plus fréquente : deux arrêts de principe de la Cour Suprême des Etats-Unis donnent une interprétation fort extensive de la "Commerce Clause" : *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Co.*, 1937, et *Heart of Atlanta Motel v. U.S.*, 1964. Pour plus de détails, voir Ch.R. MC GUIRE, *The Legal*

réglementation des "public utilities"²², et au-delà, la réglementation de toute activité²³, sous réserve toutefois de conformité avec l'exigence constitutionnelle américaine de "due process"²⁴.

La réglementation américaine a dès lors connu un développement considérable²⁵, tant à l'échelon fédéral, qu'à l'échelon de ses entités fédérées²⁷.

En doctrine cependant, le concept de "public interest" n'a jamais recueilli d'adhésion, tant son caractère et son contenu paraissent vagues^{28 29}. Une tendance à la

Environment of Business, Columbus (Ohio), Ch.E. Merrill Publishing Company, 1986, pp. 45-56.

- 20 Sur la notion de "public interest", voir la décision américaine, *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 126, 1877. Aux termes de cet arrêt rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis : "la propriété revêt un intérêt public lorsqu'elle est utilisée de manière à porter des effets publics et qu'elle affecte la communauté dans son ensemble. En conséquence, lorsqu'une personne voue sa propriété à une utilisation dans laquelle le public a un intérêt, cette personne octroie en fait au public un intérêt dans cette utilisation, et elle doit se soumettre au contrôle du public pour le bien commun".
- 21 "Affected with a public interest" : voir W.H. HAMILTON, "Affectation With Public Interest", *Yale Law Journal*, Vol. XXXIX, n°8, June 1930.
- 22 "Un corps législatif ne peut conférer le statut de 'public utility' à une activité quelconque par le seul passage d'une loi", Ch.F. PHILIPPS, Jr., *The Regulation of ...*, *op. cit.*, p. 118.
- 23 *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 1934. Par cette décision, la Cour Suprême des Etats-Unis rompt le lien entre "public utilities" et "public interest".
- 24 Le concept de "due process" est une sauvegarde de la liberté individuelle consignée aux amendements 5 et 14 de la Constitution américaine. "A moins que l'industrie ne recèle quelque chose de particulier ('unusual'), la réglementation d'activités privées violerait les droits garantis par les cinquième et quatorzième amendements à la Constitution", Ch.F. PHILIPPS, Jr., *The Regulation of ...*, *op. cit.*, p. 93. Pour plus de détails, voir Ch.F. PHILIPPS, *The Regulation of ...*, *op. cit.*, pp. 84-89.
- 25 Dans les faits, la Cour Suprême n'a invalidé aucune réglementation économique, sur base de "due process" depuis 1936 : voir E. GELLHORN, R.J. PIERCE, *Regulated Industries*, St. Paul (MN), West Publishing Co., 1987, p. 83.
- 26 Ch.F. PHILIPPS, Jr., *The Regulation of ...*, *op. cit.*, p. 117.
- 27 Le pouvoir réglementaire des Etats fédérés dérive non pas de la "Commerce Clause" (*supra*), mais des "pouvoirs de police des Etats" ("police powers of the states"). Les pouvoirs de police ont trait aux lois étatiques promulguées pour les besoins de santé, de sécurité, de bien-être ("welfare") et de moralité publique ("morals"). Quoique non expressément prévus par la Constitution, ces pouvoirs de police constituent une compétence réservée des Etats fédérés (telle que prévue au 10ème amendement à la Constitution). Sur cette question, voir Ch.R. MC GUIRE, *The Legal Environment ...*, *op. cit.*, pp. 46-49.
- 28 "It has often been remarked that this public interest standard is vague to the point of vacuousness, providing neither guidance nor constraint on the agency's (FCC's) action. (...) Plainly the 'public interest' phrase is one of those atmospheric commands whose content is as rich and variable as the legal imagination can make it according to the circumstances that present themselves to the policymaker", G.O. ROBINSON, "Title I. The Federal Communications Act: an Essay on Origins and Regulatory Purpose", in M.D. PAGLIN, *A Legislative History of the Communications Act of 1934*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 3-24, p. 14 et p. 16.
- 29 "La loi (sur les communications) a été rédigée de façon à accorder une grande souplesse aux régulateurs vu la nature dynamique du secteur. Les régulateurs n'ont pas réussi de façon responsable leur obligation de donner corps au critère vague de l'"intérêt public" (...) Et surtout, la faute en incombe au Congrès. Des changements importants sont survenus et malgré cela, le Congrès n'a proposé aucune orientation nouvelle pour la radiodiffusion, le câble ou les télécommunications", H. GELLER, "Communications Law - A Half Century Later", *Federal Communications Law Journal*, Vol. 37, n°1, January 1985, cité in J.P. SIMON, *L'Esprit des règles, ...*, *op. cit.*, p. 28.

déréglementation³⁰, à partir des années septante, a amorcé une remise en question ouverte de la notion de "public interest"³¹, et l'éclosion concomitante du courant doctrinal d'"analyse économique du droit" a contribué à amplifier le phénomène³². Dans un premier temps, l'application judiciaire des lois américaines régissant la concurrence (les lois "antitrust") a paru suffire pour répondre au "besoin" de déréglementation³⁴. C'est ainsi que le juge Harold Greene³⁵ prononça le 24 août 1982 la "Modification of Final Judgment" (MFJ), aboutissant au démantèlement ("divestiture") d'AT&T³⁶, devenu effectif le 1er janvier 1984.

Cette application brutale des lois américaines sur la concurrence se voyait néanmoins reprocher l'absence de prise en compte d'objectifs sociaux fondant une politique d'intervention de la puissance publique à long terme³⁷. Le recours à la notion de service universel a permis d'intégrer ces considérations.

En effet, la "divestiture" d'AT&T aboutissait dans un premier temps à une hausse des tarifs résidentiels, de par le phénomène de "cost-shifting" vers les "end-users". Afin de répondre aux préoccupations des abonnés face aux tarifs en progression, certaines autorités réglementaires américaines prévirent des octrois de rabais pour les

abonnés à revenus faibles³⁹. Ces rabais se fondaient sur les exigences du service universel.

Au souci d'assurer une stabilité tarifaire s'est également ajouté celui de "gérer" des services démultipliés par l'apparition de technologies nouvelles. En rapport avec le secteur des télécommunications, la "déréglementation" en cours, la numérisation, le développement de la fibre optique⁴⁰, et la convergence entre les industries des télécommunications et de l'audiovisuel qui en résultent, conduisent à envisager nombre de services nouveaux (qualifiés tantôt de "fonctionnels" tantôt d'"informationnels")⁴².

Tandis que les capacités offertes par la convergence sont en expansion, il en résulte le souci d'éviter une scission de la société entre "ceux qui détiennent la connaissance" et "ceux qui ne la détiennent pas" ("information haves" et "information have-nots")⁴³. Le recours au concept de service universel permettrait précisément de répondre à cette préoccupation⁴⁴. Nous reviendrons sur les conséquences de ce rôle nouveau du service universel dans la National (ou Global) Information Infrastructure (N.I.I.) Policy qui a précisément pour but d'éviter de telles discriminations et de contribuer à une société informationnelle plus démocratique (Chapitre II,II).

Il nous semble que la récente "National Information Infrastructure Policy" développée par Al GORE a donné dans ce pays, au terme "service universel" une dimension différente bien plus large qui risque d'aboutir à un renversement des tendances décrites. Dans la mesure où les préoccupations exprimées par la politique américaine se voient relayées dans une mesure minime par le Rapport Bangemann d'abord, plus nettement par le Parlement européen et le Conseil européen ensuite, elle oblige à s'interroger sur les conséquences de l'évolution de cette notion, conséquences qui sont déjà perceptibles dans la récente partie II du Livre Vert européen sur la libéralisation des infrastructures.

39 Cf. le "Moore Universal Telephone Service Act", de l'état de Californie, entré en vigueur dès le mois de septembre 1983. Brevement présenté, les abonnés disposant de revenus en-dessous d'un seuil spécifié bénéficient d'une réduction de 50% sur le prix de base local. Le programme est financé grâce à une surtaxe de 4% sur certains services intra-étatiques. L'abonnement à ce service s'est accru de 489 358 personnes en décembre 1984 à plus de 1.106.960 personnes en avril 1987, cf. H.S. DORDICK, "Toward a Universal Definition of Universal Service", *Universal Telephone Service: Ready for the 21st Century?* Queenstown (MD), Annual Review of the Institute for Information Studies, 1991, pp. 109-139, p. 117.

40 A titre indicatif, 1200 paires de fils de cuivre traditionnels transmettent 14 400 conversations téléphoniques. En revanche, 72 paires de fibre optique peuvent transmettre 3,5 millions de conversations téléphoniques; pour plus de détails, voir N. GARNHAM, G. MULGAN, "Broadband and the Barriers to Convergence in the European Community", *Telecommunications Policy*, June 1991, pp. 182-194, et R.A. GIRSHON, "Telephone-Cable Cross-Ownership: a study in policy alternatives", *Telecommunications Policy*, March 1992, pp. 110-121, p. 113, note 19.

41 En France, l'opérateur public, France Télécom a déjà installé 15 000 kilomètres de réseau à fibre optique reliant les grandes villes. Il devrait en poser 30 000 kilomètres d'ici à 1995.

42 La fourniture desquels s'opère via une "autoroute de l'information" ("information superhighway"). Il s'agirait de super-réseaux télématiques ouverts à tous les citoyens, avec des services qui permettraient le mélange de textes, de sons et d'images fixes ou animées.

43 Dans son discours sur la réforme des télécommunications du 11 janvier 1994, le Vice-Président américain le souligne: "Nous ne pouvons tolérer, et ce pays ne peut à long terme supporter ('nor in the long run can this nation afford'), une société dans laquelle certains enfants obtiennent une éducation complète et d'autres pas; une société dans laquelle certains adultes ont accès à la formation continue et d'autres pas", Al GORE, "Remarks Prepared for Delivery by Vice President Al Gore", Royce Hall, UCLA, Los Angeles, California, 11 janvier 1994, non encore publié.

44 Pour plus d'informations sur le service universel entendu dans le contexte de "l'autoroute de l'information", voir "The National Information Infrastructure: Agenda for Action", *Information Infrastructure Task Force*, NTIA-NII Office, Washington D.C., September 15, 1993, pp. 1-26, p. 8.

30 Sur les notions de "déréglementation" et de "libéralisation", voir N. CONSTANTELOU, "Liberalizing Telecommunications Markets", *Telecommunications Policy*, August 1993, pp. 431-435, p. 432.

31 W.D. ROWLAND, Jr., "The Meaning of 'The Public Interest' in Communications Policy - Part I : Its Origins in State and Federal Regulation", texte de conférence prononcée en 1989, non publié, p. 1.

32 Voir R.A. POSNER, G. CALABRESI, R.H. COASE (prix Nobel d'économie), C.J. VELJANOVSKI, G.S. BECKER (prix Nobel d'économie), H. DEMSETZ, etc. Dès 1968, H. DEMSETZ écrivait l'article "Why Regulate Utilities?", *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, 1968, p. 55.

33 La théorie de l'"intérêt public" est fort critiquée par R.A. POSNER. Celui-ci prétend que cette théorie suppose à la fois que (1) "les marchés économiques sont extrêmement fragiles et susceptibles de fonctionner inefficacement (ou inéquitablement) s'ils sont laissés à eux-mêmes", et (2) "la réglementation est virtuellement sans coûts", R.A. POSNER, "Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, n°5, 1974, p. 336, cité in Ch.F. PHILIPPS, Jr., *The Regulation of ...*, op. cit., p. 182.

34 Au demeurant, les lois antitrust sont au nombre de quatre:

- 1) "the Sherman Antitrust Act" de 1890;
- 2) "the Clayton Act" de 1914;
- 3) "the Federal Trade Commission Act" de 1914;
- 4) "the Robinson-Patman Act" de 1936.

Des amendements successifs ont été apportés; pour plus de détails, voir Ch.R. MC GUIRE, *The Legal Environment ...*, op. cit., p. 280.

35 Du Federal District Court du District de Columbia, c'est-à-dire de la ville de Washington: il s'agit en l'occurrence du premier degré de juridiction dans le système fédéral.

36 "Dans ces situations de blocage, c'est finalement les tribunaux qui auront tendance à assumer le rôle principal et à devenir les concepteurs réels des politiques publiques dans ces domaines. Le cas du téléphone est particulièrement significatif à cet égard...", J.P. SIMON, *L'Esprit des règles ...*, op. cit., p. 30.

37 "A popular subject among economists is the trade-off between equity and efficiency in developing public policy", M.V. RUSSO, "Technology, Deregulation, and the Public Interest: Preserving Universal Telephone Service", *IEEE Technology and Society Magazine*, March 1988, pp. 4-11.

38 "...we cannot expect the terms of an antitrust suit alone to comprehend the social objectives of telecommunications policy", P. AUFDERHEIDE, "Universal Service: Telephone Policy in the Public Interest", *Journal of Communication*, Vol. 37, n°1, Winter 1987, pp. 81-96, p. 82.

Au départ toutefois, le concept de service universel n'embrassait aucun objectif social. Clairement associé au secteur des télécommunications, il s'est incarné à l'origine dans l'objectif d'AT&T d'éviter toute concurrence, c'est ce que nous allons maintenant montrer.

II. Lien "service universel" - production de services par un monopole

En guise d'introduction, il importe de souligner que le concept de service universel ne trouvait à s'appliquer au départ qu'au seul secteur des télécommunications. Initialement, ce concept visait à conforter le monopole de l'exploitant dominant des télécommunications aux Etats-Unis, à savoir AT&T (A). Ensuite, le rapport service universel - production de services par un monopole s'est distendu, au point de ne revêtir qu'un intérêt historique (B).

A. Un lien initialement étroit

A l'expiration du brevet Bell en 1893⁴⁵, l'industrie téléphonique américaine connut une phase de concurrence considérable⁴⁶. Déstabilisé, AT&T fit appel à Theodore Vail pour défendre sa position. Le nouveau dirigeant du système Bell engagea d'abord une politique d'acquisition agressive de ses concurrents⁴⁸. Parallèlement, Vail ébaucha et promut le concept de service universel⁴⁹. Les rapports annuels de la société entre 1907 et 1914 échafaudent sa philosophie. Au demeurant, celle-ci tendait à l'interconnexion de tous les utilisateurs en un système unique, parfaitement intégré.

"Le système Bell a été fondé sur les grandes lignes d'"Un Système", "Une Politique", "Un Service Universel", sur l'idée qu'aucun groupement de systèmes indépendants, isolés, non soumis à contrôle commun, si bien monté ou équipé

fût-il, puisse offrir au public le service offert par un système interdépendant, intracommuniquant, et universel"⁵⁰.

Par conséquent, le concept de service universel servait initialement à faire obstacle aux concurrents d'AT&T. Au demeurant, une action antitrust avait été introduite contre la société, dès 1913, du fait de sa politique d'acquisition agressive (8000 concurrents à l'époque⁵¹). Outre cette politique d'expansion, certains des concurrents d'AT&T prétendaient que celle-ci refusait de réaliser les interconnexions (et donc d'assurer l'interopérabilité) pour les communications à longue distance. De cette action antitrust intentée contre AT&T résulta "the Kingsbury Commitment"⁵², suivi peu après du Hall Memorandum⁵³. Au travers de ces deux documents, Vail promettait de ne pas acquiescer ses concurrents, "sauf dans les cas spéciaux"⁵⁴. Il accepta d'autre part les interconnexions avec les sociétés indépendantes, sous réserve pour ces dernières de respecter les normes d'AT&T. En clair, Vail "acceptait une réglementation en contrepartie d'une garantie de stabilité pour sa société, et du droit - en fait, l'obligation - d'interconnecter les sociétés de télécommunications indépendantes. Dès lors, l'interconnexion était la porte ouverte au monopole d'AT&T et à la fourniture d'un service universel, cantonné alors à l'offre d'un service unique, la transmission des communications vocales⁵⁵.

Le Congrès américain suit le raisonnement d'AT&T en 1934 : autrement dit, il entérinera l'idée selon laquelle le transport de la voix relève d'un monopole "naturel". Par ailleurs, le Congrès américain reconnaît avec Vail qu'AT&T constitue la solution la plus efficace pour réaliser les subventions croisées nécessaires à l'accès universel au service⁵⁶. En effet, "le coût de garder les tarifs bas pouvait être obscurci par les

50 Rapport Annuel d'AT&T pour 1909, p. 18, cité in M. MUELLER, "Universal Service ...", *op. cit.*, p. 364. M. MUELLER est sévère pour VAIL : le service universel pour VAIL aurait été tout au plus, "une stratégie concurrentielle, un slogan politique, et une bonne formule publicitaire", M. MUELLER, "Universal Service ...", *op. cit.*, p. 364.

51 Ch.F. PHILIPPS, *The Regulation of ...*, *op. cit.*, p. 754. En 1930, les sociétés indépendantes aux Etats-Unis pour les services téléphoniques étaient au nombre de 6400, puis 5469 en 1951, 3034 en 1961, 1807 en 1971, et 1459 en 1981. En 1986, le nombre de sociétés indépendantes aux Etats-Unis pour les services téléphoniques était de l'ordre de 1380 (chiffres tirés de PHILIPPS, note 37, p. 796). Cette baisse s'explique pour des raisons tenant davantage aux fusions (en vue de faire des économies d'échelle), qu'aux acquisitions de Bell System, voir Ch.F. PHILIPPS, *The Regulation of ...*, *op. cit.*, p. 754.

52 Lettre de N.C. Kingsbury, vice-président d'AT&T, au Attorney-General des Etats-Unis (l'équivalent américain du ministre de la Justice) en date du 19 décembre 1913. Voir rapport annuel d'AT&T (1913), pp. 24-26. Un "consent decree" est intervenu en 1914 : *United States v. American Tel. & Tel. Co., Decrees & Judgments in Civil Federal Antitrust Cases 1* (D. Or. 1914) : 554. Les "consent decrees" sont des transactions mettant fin à l'instance antitrust : ils sont préférés aux actions judiciaires pour des raisons de coût, de discrétion, et de preuve (a "consent decree cannot be used as prima facie evidence of violation in a private treble damage action, while a judgment in a criminal or equitable proceeding is evidence in the private suits", Ch.R. MC GUIRE, *The Legal Environment ...*, *op. cit.*, p. 285).

53 Lettre de E. C. Hall, vice-président de AT&T, à F. B. MacKinnon, président du "United States Independent Telephone Association" (USITA), en date du 14 juin 1922.

54 "except in special cases". Deux sortes de cas sont prévus dans le "Hall Memorandum" :
1) Companies in which we (AT&T) now have a disproportionately large investment without actual control;
2) Cases where connecting company or other telephone property is pressed for sale, and where it seems that the general public service will be improved by its operation as an integral part of our service". D'après Ch.F. Philipps, Jr., "the Bell System purchased only distressed companies, and, in several instances, it made offsetting sales to independent companies", Ch.F. PHILIPPS, *The Regulation of ...*, *op. cit.*, p. 797, note 36.

55 H.S. DORDICK, "Toward a Universal ...", *op. cit.*, p. 113.

56 Y. POULLET, "L'entreprise publique ...", *op. cit.*, p. 89.

45 Le brevet avait été déposé le 7 mars 1876 (U.S. Patent No. 174.465). Il a expiré en 1893. Entre ces deux dates, American Bell introduisit 600 actions en contrefaçon. Toutes aboutirent à la faveur de Bell. Une seule parvint à la Cour Suprême des Etats-Unis, laquelle trancha, par 4 voix contre 3, pour le brevet Bell (décision du 19 mars 1888); pour plus de détails, Ch.F. PHILIPPS, Jr., *The Regulation of ...*, *op. cit.*, p. 752.

46 Sur la multiplication des sociétés indépendantes, M. MUELLER, "Universal Service in Telephone History", *Telecommunications Policy*, July 1993, pp. 352-369, pp. 359-363. Pour M. MUELLER : "En 1907, les Etats-Unis étaient une maison divisée téléphoniquement" ("By 1907 the USA was a house divided telephonically"). Voir aussi Ch.F. PHILIPPS, Jr., *The Regulation of ...*, *op. cit.*, p. 752.

47 "8 à 13 % des abonnés devaient (...) payer des abonnements à deux compagnies et posséder des équipements en double, puisque les équipements des uns n'étaient pas raccordables à ceux des autres. De la même façon, les municipalités profitèrent de la mise en concurrence de Bell pour faire monter les offres pour l'obtention de concessions en exigeant des droits de concession, limitant les tarifs, maintenant artificiellement la concurrence, empêchant les fusions entre sociétés se partageant un même territoire", J.P. SIMON, *L'Esprit des règles ...*, *op. cit.*, p. 91.

48 Ch.F. PHILIPPS, *The Regulation of ...*, *op. cit.*, pp. 752-754.

49 "Ni le terme, ni la doctrine n'étaient apparus auparavant de façon explicite, quoi qu'il y eut bien entendu, des débats sur les mérites d'un service concurrentiel, fragmenté, par opposition à un service monopolistique, unifié", M. MUELLER, "Universal Service ...", *op. cit.*, p. 363.

subventions internes produites par les monopoles réglementés qui offraient le service⁵⁷. L'utilisation législative du concept de "service universel", encore que le terme ne soit pas prononcé par le législateur est pour la première fois présent dans le "Communication Act", loi qui a donné naissance à la "Federal Communications Commission" (FCC)⁵⁸. En effet, aux termes de cette loi :

"for the purpose of regulating interstate and foreign commerce in communication by wire and radio so as to make available, so far as possible, to all people of the United States a rapid, efficient, nation-wide and world-wide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges for the purpose of the national defense, for the purpose of promoting safety of life and property through the use of wire and radio communication..."^{60 61}.

B. Un lien progressivement relâché

Durant plusieurs décennies, AT&T était en mesure de préserver son monopole de façon plus ou moins incontestée⁶². Elle offrait en effet un "service téléphonique universel" qui se traduisait, en termes pratiques, par un taux de pénétration téléphonique élevé (avoisinant les 92% juste avant la "divestiture"⁶³), et des tarifs bas. Au demeurant, ce schéma traditionnel est resté en vigueur aussi longtemps que le service presté se cantonnait au simple transport de la voix ("Plain Old Telephone Service" ou "POTS"). Le développement de l'informatique et l'ouverture à la concurrence⁶⁴ constitueront des

brèches importantes dans la notion traditionnelle de service universel. Avec la "divestiture", effective en 1984, la notion sera appelée à une redéfinition totale car le lien service universel - production de services par un monopole n'aura, évidemment, plus aucune pertinence⁶⁵.

III. Service universel dans un cadre non-monopolistique

A. La notion

L'harmonisation d'un marché concurrentiel et d'obligations en matière d'intérêt général conduisait naturellement à un nouveau cadre réglementaire. Au départ, la nouvelle définition américaine du service universel revêtait un caractère défensif⁶⁶. Il s'agissait en effet pour la FCC d'éviter des actions qui conduiraient un nombre significatif d'abonnés à annuler leur abonnement du fait de l'augmentation des tarifs qui suivrait la "divestiture"⁶⁷. Cela étant, la doctrine américaine et les commissions réglementaires étatiques⁶⁸ ont tôt fait d'apposer à la notion de service universel une portée davantage positive.

Aujourd'hui, la notion reste essentiellement liée au secteur des télécommunications⁶⁹. La littérature portant sur le service universel ne présente pas, dans ce contexte, une théorie générale assimilable à la théorie du service public (telle que celle-

Washington. L'attitude de AT&T sera qualifiée par la cour d'"interférence injustifiée avec le droit de l'abonné de se servir raisonnablement de son téléphone de façons utiles à titre privé, sans nuire à l'intérêt public" ("unwarranted interference with the telephone subscriber's right reasonably to use his telephone in ways which are privately beneficial without being publicly detrimental"). Douze années plus tard, à l'occasion de la "Carterfone decision" (FCC-1968), la FCC adoptera une politique libérale à l'égard de "customer telephone equipment" ("CPE"). Pour plus de détails sur l'histoire de l'ouverture à la concurrence du secteur téléphonique américain, voir, entre autres, 1) Commission Report of the Advisory Commission on Intergovernmental Regulations (A.C.I.R.), *Intergovernmental Regulation of Telecommunications*, Washington D.C., A.C.I.R., July 1990, pp. 5-10.

2) J.P. SIMON, *L'Esprit des règles*, op. cit., pp. 154-168;

3) Ch.F. PHILLIPS, *The Regulation of*, op. cit., pp. 764-774.

65 "Il est extrêmement délicat de faire clairement la part des différents facteurs ayant contribué à la libéralisation ou au démantèlement. J. Tunstall en sélectionne trois : AT&T aurait été battu par la conjonction de la technologie (incontrôlable), l'inflation (se trahissant par l'augmentation des tarifs dans les années 70) et la dimension politique (la déréglementation dans d'autres secteurs)". J.P. SIMON, *L'Esprit des règles*, op. cit., pp. 174-175.

66 In the Matter of MTS and WATS Market Structure, CC Docket No. 78-72, Phase I, Third Report and Order, 93 FCC2d 241 (1982), cité in Commission Report of the Advisory Commission on Intergovernmental Regulations (A.C.I.R.), *Intergovernmental Regulation*, op. cit., p. 21.

67 Selon l'indice des prix à la consommation aux Etats-Unis, les tarifs téléphoniques locaux ont effectivement augmenté de 39% de 1983 à 1987. Pour plus de détails, voir P. AUFDERHEIDE, "Universal Service", op. cit., p. 82. Sur l'aspect "négatif" attaché au concept de service universel au début des années 80, voir le même auteur, p. 87.

68 Sur la notion de service universel entendue dans les états de Californie et de New York, lire J.D. BORROWS, Ph.A. BERNT, R.D. LAWTON, "Universal Service in the United States: Dimensions of the Debate", *Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste*, Bad Honnef, Diskussionsbeitrag n°124, mars 1994, pp. 73-79.

69 Le service universel ne figure pas explicitement comme objectif dans le secteur postal américain. Il y est présent, néanmoins, en filigrane (*infra*). En Europe, le service universel a fait son apparition dans les secteurs de la poste et des télécommunications (*infra*). Nos lectures ne nous ont pas conduits à y trouver des applications dans d'autres secteurs de l'économie.

57 R.M. ENTMAN, "The Future of Universal Service in Telecommunications", in *Universal Telephone Service*, op. cit., p. ix.

58 AT&T pratiquerait ainsi une politique tarifaire qualifiée de "nation-wide average pricing": "Wherever one lived calls travelling the same distance carried the same price. 'Nation-wide pricing', as this was called, purposely did not take into account cost differences on different routes nor the costs of the individual service. In effect, customers on low-cost routes were subsidizing those on high-cost routes", H.S. DORDICK, "Toward a Universal ...", op. cit., p. 115.

59 Tous les auteurs ne s'accordent pas sur cette "paternité" de la "Communications Act" dans le concept de service universel. Ainsi de M. MUELLER, "There is nothing in the text of the Act which can be construed as mandating or even suggesting a policy of subsidizing telephone penetration (...) One finds instead a complex set of compromises and negotiations among AT&T, state commissions, federal regulators, large independents and small independents designed solve the problems caused by the application of rate-base, rate-of-return regulation to a network that offered multiple products and spanned multiple jurisdictions", M. MUELLER, "Universal Service ...", op. cit., pp. 354-355.

60 Communications Act de 1934, Public Law 416, 73ème Congrès, 19 juin 1934, Titre Ier, Dispositions Générales ("General Provisions"), Section 1.

61 Pour plus de détails sur le lien entre la Communications Act et AT&T, lire H.S. DORDICK, "Toward a Universal ...", op. cit., p. 116. H.S. DORDICK se réfère notamment à un rapport commandité par AT&T à E.V. ROSTOW en 1975, relatif aux objectifs de la Communications Act. Ce rapport serait ensuite utilisé au soutien des thèses d'AT&T dans l'action antitrust qui avait été engagée contre elle en 1974.

62 "The provision of high-quality universal telephone service became a corporate tradition at AT&T. For the public it was perceived as an entitlement, if not a right", H.S. DORDICK, "Toward a Universal ...", op. cit., p. 116.

63 "The gradual rise in penetration to 92% after the second world war probably had more to do with the doubling and tripling of household income during that period than with separation and settlement practices, for the doubling of local service rates since 1982 has had a negligible effect on overall penetration levels", M. MUELLER, "Universal Service ...", op. cit., p. 369.

64 La décision "Hush-a-Phone" (D.C. Circuit Court of Appeals, 1956) constitue la première brèche dans le monopole global du système Bell. Brièvement, la société "Hush-a-Phone" commercialisait des appareils qui s'attachaient au téléphone et permettaient de garantir le secret de la conversation vis-à-vis de l'extérieur. AT&T, victorieux devant la FCC, perdra devant la cour d'appel fédérale de

ci a pu être formulée dans les pays de droit romain). Au demeurant, quand bien même la notion de service universel serait difficile à définir⁷⁰, elle s'entend dans un environnement concurrentiel d'un service minimum, d'une qualité donnée, proposé à tous les utilisateurs à un prix abordable. Spécifiquement pour le secteur des télécommunications, la politique américaine arrête trois objectifs d'une politique de service d'intérêt général qui seront explicitement repris par la Commission européenne et le Conseil en particulier dans la résolution de ce dernier relatif au service universel. En l'occurrence, il s'agit d'assurer un service qui soit à la fois :

- universel, lequel suppose un accès pour tous à un prix abordable;
- égal, impliquant un accès indépendant de la situation géographique;
- continu, c'est-à-dire caractérisé par une fourniture ininterrompue moyennant une qualité donnée⁷¹.

Même si ces trois composants sont également présents dans les "lois" du service public, à savoir les lois de continuité et d'égalité, il n'est pas certain que l'on puisse assigner à la notion de "service universel" les obligations et prérogatives communément assignées au "service public" (entendu au sens traditionnel). La concurrence fait en effet partie intégrante du service universel, tandis que la notion de "service public se confond au point de départ avec l'organisation de caractère public chargée de l'assurer"⁷². De ce fait, la notion de service universel "est d'emblée centrée sur le contenu du service considéré comme d'intérêt général", ce que nous avons appelé le service public fonctionnel⁷³. Par ailleurs, il s'agit de garder toujours à l'esprit la distinction entre l'objectif du service universel et les moyens effectifs de l'atteindre. La notion peut certes constituer un but de politique réglementaire pour des marchés visés (télécommunications, postes, etc.), mais la mise en oeuvre pratique du service universel relève, nous semble-t-il, du volontarisme des autorités chargées de l'appliquer. Ainsi, la notion en tant que telle ne se traduit pas nécessairement en des droits que les citoyens peuvent actionner en justice. En cas de dérangement de ligne téléphonique par exemple, un citoyen d'une région reculée pourrait-il se prévaloir d'un droit légal à un rétablissement du service, le jour même, au nom de la continuité du service, au nom du service universel ? Inversement, les différents prestataires de services peuvent-ils se voir légalement tenus de fournir tel ou tel service ? Par exemple, dans quelle mesure le service universel partage-t-il avec le service public l'obligation, plus ou moins expresse, de fournir un service permanent (c'est-à-dire l'universalité temporelle) ? Les organismes privés concurrentiels ne sont pas normalement soumis à cette obligation. En effet, la concurrence ne pourrait pas remplir son but si les entreprises n'avaient pas la faculté de cesser leurs activités. En outre, l'obligation de fournir un service universel et permanent est normalement, associée, en retour, à l'octroi de privilèges sous la forme de dérogations aux droits normaux de propriété privée et aux permis d'aménagement pour le passage de lignes⁷⁴. La réflexion américaine met en évidence quatre questions essentielles qui ressortent de la notion de service universel.

B. Les questions essentielles du service universel

70 "Il n'y a sans doute aucun autre objectif de politique réglementaire qui a fait l'objet de tant de débats, sans définition précise, que celui de service universel", L. PRESLER, K.V. SCHIEFFER, "A Proposal for Universal ...", *op. cit.*, p. 1.

71 Annexe à la proposition de résolution du Conseil, sur des principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications, COM(93) 543 final du 15 novembre 1993.

72 Y. POULLET, "L'entreprise publique ...", *op. cit.*, p. 88.

73 Ibid.

74 O.C.D.E., *Le Service universel et la restructuration des tarifs dans les télécommunications*, Politiques d'Information, d'Informatique et de Communications, Paris, Vol. 23, 1991, p. 29.

a. Le contenu

La première question concerne le contenu même du service universel, et son caractère potentiellement évolutif. Dans le secteur des télécommunications, ce problème est d'autant plus important dans le contexte actuel de convergence entre les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel. En effet, à mesure que les capacités offertes seront plus grandes, comment adapter le service de base tel qu'il se conçoit aujourd'hui aux évolutions futures ? Dans le secteur des télécommunications, il est unanimement accepté aujourd'hui que le simple transport de la voix ("POTS") constitue un objectif de service universel. Cela étant, d'autres services, "à valeur ajoutée", sont appelés à s'inclure dans le service de base (ainsi, le "télédiagnostic" ou accès pour des personnes âgées à des services télématiques médicaux d'urgence). En tout état de cause, un service peut être universellement disponible ("universally available") avant de constituer un service universel ("universal basic service"). Dans ce contexte, faudrait-il spécifier le contenu du service universel (au risque de le voir rapidement devenir obsolète), ou bien s'en tenir à des lignes directrices ? A cet effet, le progrès technique n'est pas seul à prendre en considération. Les développements du marché et les besoins des utilisateurs sont également déterminants.

b. Qui définit et qui contrôle ?

La deuxième question qui nous intéresse concerne le contrôle effectif des autorités réglementaires (nationales ou communautaires) chargées de déterminer le contenu du service universel et les obligations qui y sont attachées. A ce titre, il convient de s'interroger sur la responsabilité ("accountability") de ces autorités réglementaires. Sous forme de paradoxe, la question revient à savoir qui contrôle les autorités réglementaires, et comment ? Aux Etats-Unis, la question est réglée par voie de contrôle judiciaire⁷⁵. L'introduction d'un "Due Process Clause"⁷⁶ européen et de mécanismes de contrôle judiciaire appropriés pourraient s'envisager dans ce contexte. En tout état de cause, un "déficit démocratique" peut ressortir de la détermination du contenu et des obligations attachées au service universel. Au demeurant, il est patent que le Conseil de l'Union européenne ait invité la Commission à examiner et à organiser "notamment" avec les autorités réglementaires nationales, des consultations sur les questions soulevées par la définition du service universel⁷⁷. Compte tenu du caractère évolutif du service universel, il est permis d'envisager la mise en place de structures permanentes englobant, entre autres, les organisations représentatives de consommateurs et les prestataires de services concernés. Ainsi, aux Etats-Unis, la "National Telecommunications and Information Agency" (NTIA) s'est engagée à tenir des débats publics sur le concept de service universel, incluant l'audition des "groupes d'intérêt public"⁷⁸. De façon générale, et afin de garantir le développement d'une infrastructure d'information nationale, où le service universel joue un rôle clef, le gouvernement américain s'est engagé à "travailler" avec, à la fois, le monde des affaires, les organisations représentatives des travailleurs, le monde académique, les groupes d'intérêt public, le Congrès, et les collectivités territoriales⁷⁹. Une coordination avec ces dernières, tant au niveau étatique, qu'au niveau local ("counties", "districts", "cities", "towns") est indispensable afin de contourner les

75 Sur la "judicial review" des décisions des commissions réglementaires américaines, cf. Ch.F. PHILLIPPS, Jr., *The Regulation of ...*, *op. cit.*, p. 150.

76 En fait, la "Due Process Clause" se réfère à deux clauses de sauvegarde de la liberté individuelle consignées aux amendements 5 et 14 de la Constitution américaine.

77 Résolution du Conseil du 7 février 1994 (94/C 48/01), sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E., n° C 48/1 du 16 février 1994.

78 "... a special effort to hear from public interest groups", cf. "The National Information Infrastructure ...", *op. cit.*, pp. 1-26, p. 8.

79 "The National Information Infrastructure ...", *op. cit.*, p. 5.

obstacles éventuels et prévenir toute forme de traitement différencié. Dans la mesure où l'information ne connaît pas de frontières, une coordination au niveau international se révèle également nécessaire.

Vu l'absence de contours définis au service universel, ces questions appelleront des débats continus qui traduiront la volonté des "policy makers" de poursuivre tel ou tel objectif, privilégiant l'un par rapport à l'autre dans un contexte d'évolution constant. Avec le "POTS", l'objectif poursuivi était certes très simple : assurer l'égalité par le biais d'une pénétration maximale de raccordements téléphoniques. Dans une société d'information, le service universel sera le révélateur des aspirations sociétales à partager une gamme de services nouveaux qui affecteront en profondeur la vie, le travail, et toute forme d'interactivité entre personnes.

c. Conditions d'accès ?

La troisième question affectant le service universel a trait aux conditions d'accès au réseau concerné, et l'utilisation dudit réseau. Eu égard le lien concurrence/service universel, cette question revêt une importance particulière dans le contexte présent. En effet, dans la mesure où une pluralité d'opérateurs sont appelés à fournir un service universel sur un (ou des) réseau(x) existant(s) ou à venir, il importe d'assurer le maintien de principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité parmi ces opérateurs, tout en assurant le respect des règles de concurrence. D'évidence, cette question prend une acuité particulière dans le secteur des télécommunications. Aussi fera-t-elle l'objet de développements correspondants lors de l'étude du service universel dans le cadre du secteur des télécommunications.

d. Comment financer ?

Enfin, la quatrième question à prendre en considération concerne le financement même du service universel. Dès lors qu'il s'agit d'imposer aux opérateurs de fournir un service de base qui, autrement, pourrait être inintéressant pour eux sur le plan commercial, ce service appelle à être financé par des moyens "originaux". Il s'agit précisément d'assurer une répartition équitable de la charge que représente la fourniture d'un service universel. Cette question fait l'objet d'abondants débats aux Etats-Unis. Nous y reviendrons.

Chapitre II. Le droit communautaire des télécommunications : de l'émergence du service universel et de sa consécration progressive.

Absent du traité de Rome, l'émergence d'un droit communautaire des télécommunications s'est effectué à partir du milieu des années quatre-vingts, jusqu'à devenir partie intégrante du traité sur l'Union européenne en 1992⁸⁰ 81. Plusieurs raisons expliquent cette émergence tardive du secteur des télécommunications dans le champ d'intervention communautaire. La première raison a trait à la reconnaissance de l'importance du secteur des télécommunications dans les échanges communautaires et, plus généralement, dans l'économie européenne⁸² 83. Ensuite, il convient de signaler un phénomène d'imitation (le souci de ne pas être "à la traîne"), voire le caractère contagieux provoqués par les expériences étrangères (notamment la "divestiture" d'AT&T ou bien la transformation du statut de British Telecom). Enfin, l'apparition d'une concurrence sur certains segments du marché des télécommunications et le changement des statuts des monopoles nationaux ont également contribué à mener à l'insertion du secteur des télécommunications parmi les préoccupations communautaires, au titre de l'achèvement du "marché unique". A cet effet, un regain d'intérêt pour l'article 90 du traité de Rome a aussi été déterminant et ce regain d'intérêt est sans conteste lié à l'objectif de l'achèvement du marché unique, consigné à l'Acte unique européen⁸⁴ 85. Au demeurant, l'article 90

80 Du moins en ce qui concerne les réseaux transeuropéens (article 3n, et Titre XII). Pour plus de détails sur les télécommunications dans le traité sur l'Union européenne, cf. A. de CADARAN, "Maastricht et les télécommunications", *Juris PTT*, n°32, 2ème trimestre 1993, pp. 15-19.

81 Signé à Maastricht (Pays-Bas) le 7 février 1992. Entrée en vigueur le 1er novembre 1993. Cf. en Belgique la loi du 26 novembre 1993 portant approbation du traité sur l'Union européenne, M.B. du 30 octobre 1993, p. 23844.

82 D'après Ungerer et Costello, d'ici la fin du siècle, plus de 60 % des emplois dans les Communautés européennes seraient directement ou indirectement liés au secteur des télécommunications. H. UNGERER, M. COSTELLO, *Les télécommunications en Europe*, Bruxelles, Commission des Communautés européennes, Collection "Perspectives Européennes", 1988, p. 89. Sur les enjeux sociaux et économiques du secteur des télécommunications aujourd'hui, cf. J. DELORS, *Pour entrer dans le XXIe Siècle (Le Livre Blanc, Emploi, Croissance, Compétitivité)*, Paris, Michel Lafon-Ramsay, 1994, p. 151.

83 Un rapport sur le rôle des télécommunications dans la croissance économique et dans le développement est en cours de préparation par l'OCDE, pour publication dans le courant du mois de juin 1994 : cf. *Transnational Data and Communications Report*, March/April 1994, p. 9.

84 Pour plus de détails, voir R. KOVAR, "La 'peau de chagrin', ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics", *Revue Europe*, n°7, juillet 1992, §§ 250-257.

85 A cet égard, l'on rappellera que l'Acte unique européen s'inscrit à la croisée des théories "néo-réaliste" et "néo-fonctionnaliste" de la construction européenne. En effet, d'après J. DELORS : "Le déclenchement des mécanismes de 'spill-over' (propres à la théorie d'intégration fonctionnelle qui caractérise l'intégration communautaire) n'est pas automatique. Il est subordonné à la confirmation périodique par les partenaires de l'Union, de leurs objectifs communs et l'actualisation des engagements fondamentaux qui en découlent", J. DELORS, "La dynamique de la construction européenne", in *Le nouveau concert européen*, Paris, éd. Odile Jacob, 1992, pp. 149-162. Pour plus de détails sur le "fonctionnalisme", voir D. MITRANY, *The Functional Theory of Politics*, London, LSE-Robertson, 1975; sur le "néo-fonctionnalisme", voir P. TAYLOR, *The Limits of European Integration*, New York, Columbia University Press, 1983; et sur le "néo-réalisme", voir

concerne l'application des règles communautaires (et notamment de concurrence) au secteur public, constitué des entreprises publiques à proprement parler ainsi que des entreprises dotées par les Etats⁸⁶ de droits spéciaux ou exclusifs^{87 88}.

De par cet article, les Etats de l'Union Européenne peuvent exceptionnellement justifier le maintien des monopoles⁸⁹. De fait, la mise en oeuvre des principes de l'article 90 a conduit à des mutations radicales dans le chef des organismes chargés de la mise en oeuvre des missions traditionnellement considérées "de service public". Au reste, pour le secteur des télécommunications, seules les infrastructures des réseaux, et certains services de base, comme la téléphonie vocale, entrent actuellement dans ce schéma⁹⁰. Cette évolution a dès lors conduit au recours à la notion de service universel afin, précisément, de préserver des obligations en matière de service d'intérêt général (*infra*).

Les étapes de la politique communautaire des télécommunications (I), ainsi que les facteurs qui ont contribué à la charpenter (II) appellent des considérations succinctes.

I. Les étapes de la politique communautaire des télécommunications

R. KEOHANE, S. HOFFMANN, *European Integration and Neo-Functional Theory: Community Policy and Institutional Change*, Cambridge (USA), Harvard University Press, 1989.

86 Par un acte de droit public (loi, décret, arrêté, agrément, concession) ou de droit privé (contrat) : voir P. DIBOUT, "Commentaire de l'Article 90", in *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, sous la direction de V. CONSTANTINESCO, R. KOVAR, D. SIMON, J.-P. JACQUE, Paris, Economica, 1992, pp. 473-483, p. 476.

87 L'article 90 du traité CEE utilise le terme "droits exclusifs ou spéciaux". Dans un arrêt du 19 mars 1991, la Cour de Justice a annulé l'article 2 de la directive "Terminaux". Pour la Cour, l'annulation de l'article 2 se justifiait dans la mesure où il visait les droits spéciaux : "ni les dispositions de la directive, ni ses considérants ne précisent le type de droits qui est concrètement visé et en quoi l'existence de ces droits serait contraire aux différentes dispositions du traité" : C.J.C.E., 19 mars 1991, aff. 202/88, République française c. Commission, Recueil des arrêts de la Cour, 1991, p. 1259, points 45-47. Un raisonnement similaire aboutira à l'annulation de l'article 2 de la directive "services" : cf. C.J.C.E., 17 novembre 1992, aff. C-271/90, C-281/90, C-289/90, Royaume d'Espagne c.a. contre Commission, Rec., 1992, p. 5833.

88 Au sens de l'article 90, paragraphe 1 du traité CEE, la distinction entre "droits spéciaux" et "droits exclusifs" peut se caractériser comme suit : "il arrive souvent que l'Etat n'octroie pas de droits exclusifs à une entreprise déterminée, mais accorde, ou se réserve la possibilité d'accorder, les mêmes droits à certaines autres entreprises. On ne saurait plus soutenir, dans une telle situation, qu'un droit exclusif existe au bénéfice de chacune d'elles. Bien qu'accordés à plus d'une entreprise, il n'en reste pas moins que ces droits visent des entreprises déterminées, excluant ainsi toute autre entreprise également qualifiée ou toutes les entreprises en général. Il s'agit alors de droits spéciaux. En ce sens, la différence entre les deux notions nous apparaît être plutôt de nature quantitative que qualitative", L.M. PAIS ANTUNES, "L'Article 90 du Traité CEE. Obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1991, pp. 187-209, pp. 192-193.

89 Conformément au principe de proportionnalité. Cf. W. VAN GERVEN, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", *II*, 1992, p. 305.

90 La téléphonie vocale constituant la principale source de financement des infrastructures : cf. considérant 18 de la directive "services". Une résolution du Conseil de l'Union européenne prévoit la libéralisation de la téléphonie vocale d'ici à 1998 : cf. résolution du Conseil n°93/C 213/01 du 22 juillet 1993, sur le réexamen de la situation du secteur des télécommunications et de la nécessité de nouveaux développements sur ce marché, J.O.C.E. n°C 213 du 6 août 1993.

Schématiquement, trois étapes se dégagent de la politique communautaire des télécommunications.

A. 1ère étape : les prémisses : l'application judiciaire de règles de concurrence

La première étape se distingue par un programme d'action dans le domaine des télécommunications, approuvé par le Conseil des Communautés européennes le 17 décembre 1984^{91 92}. Celui-ci fut suivi peu après par un arrêt de la Cour de Justice, opposant l'Italie à la Commission, connue sous le nom d'"arrêt British Telecom"⁹³. En l'occurrence, cet arrêt reconnaissait que les règles communautaires de concurrence, prévues aux articles 85 et 86 du traité CEE, étaient applicables à l'exercice d'un pouvoir réglementaire par un organisme de télécommunication. Autrement dit, la fixation des tarifs et les conditions auxquelles les services de télécommunications étaient offertes pouvaient faire l'objet d'un contrôle au regard des règles communautaires de concurrence⁹⁴.

Apport sur la notion de service public ou universel

En d'autres termes, était remis en cause un dogme majeur du service public des télécommunications européen tel qu'il s'était jusqu'alors affirmé, à savoir le principe suivant les tâches d'intérêt économique général en matière de télécommunications devaient être exercés par une entreprise publique disposant d'un monopole à la fois de réglementation et d'exploitation. C'est l'institution, le service public organique, émanation des pouvoirs publics, qui définissait le contenu du service public et, sous réserve de l'application des 3 lois du service public : égalité, mutabilité, continuité, ses conditions d'accès tout en l'exploitant elle-même. L'équation **Service Public = Entreprise Publique = Monopole** se trouvait pour la première fois rompue non dans son principe mais dans une de ses expressions;

B. 2ème étape : l'option interventionniste : du Livre Vert de 1987 à son application

La seconde étape de la politique communautaire des télécommunications est apparu avec le Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications (ci-après "Livre Vert Télécom")⁹⁵. Brièvement, les options de ce document de consultation^{96 97} se résument comme suit. La Commission soutenait :

91 Communication de la Commission au Conseil sur les télécommunications, COM (84) 277 du 15 mai 1984, contenant le programme d'action, approuvé par le Conseil le 17 décembre 1984.

92 Voir aussi une recommandation du Conseil n°84/549/CEE du 12 novembre 1984, concernant la mise en oeuvre de l'harmonisation dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E. n°L 298/49 du 16 novembre 1984.

93 C.J.C.E., 20 mars 1985, aff. 41/83, Italie c. Commission, Recueil, 1985, 873-892.

94 En l'espèce, seul l'article 86 était visé.

95 Livre Vert Télécom.

96 La Commission tient un rôle d'initiative considérable auprès du Conseil. Pour les questions complexes, elle élabore un document qualifié de "livre" ("paper" en anglais). Un livre "vert" est destinée à engager le dialogue avec tous les acteurs concernés. Il s'agit essentiellement d'un document de consultation. Les livres "blancs" ont davantage pour objet des orientations politiques. Techniquement, il s'agit de communications de la Commission au Conseil.

- une ouverture (sans restriction) à la concurrence du marché des terminaux de télécommunications;
- une ouverture substantielle à la concurrence du marché des services de télécommunications (exception prise d'un nombre limité de services de base : "dans les cas où cette exclusivité est considérée comme essentielle, à ce stade, à la sauvegarde de la mission du service public (...) il semble, à première vue, que le service téléphonique vocal soit le seul service susceptible d'être choisi")⁹⁸;
- l'acceptation du maintien de droits exclusifs ou spéciaux accordés aux administrations de télécommunications⁹⁹, relatifs à l'offre et l'exploitation de l'infrastructure du réseau¹⁰⁰; l'on signalera, néanmoins, que le Livre Vert Télécom soutenait le développement de principes communs "fixant les conditions générales de fourniture de l'infrastructure de réseau par les administrations des télécommunications aux utilisateurs et prestataires de services concurrents, particulièrement pour la prestation transfrontalière"¹⁰¹;
- une séparation des activités de réglementation et d'exploitation des administrations de télécommunications (afin d'éviter qu'elles soient à la fois responsables de la réglementation et acteurs du marché ou, en d'autres termes, juges et parties);
- une reconnaissance du fait que les tarifs de télécommunications devaient suivre les tendances des coûts et, qu'en tout état de cause, il fallait trouver un "compromis équilibré entre l'orientation des coûts et l'objectif de service universel"¹⁰².

Les initiatives prises dans le prolongement du Livre Vert Télécom sont nombreuses, et elles se sont effectuées en grande partie grâce à deux instruments principaux, à savoir l'article 90§3 du traité CEE¹⁰³ d'une part, et l'article 100 A dudit traité¹⁰⁴, de l'autre^{105 106}.

⁹⁷ Notons que la Commission a adopté le 27 avril 1994 un Livre vert sur l'ouverture des marchés de communications mobiles. Brevement, ce Livre vert "mobiles" énonce cinq modifications à la législation actuelle:

- (1) l'abolition des droits exclusifs et spéciaux qui subsistent;
- (2) l'élimination des restrictions en matière de fourniture de services mobiles, tant pour les fournisseurs de services indépendants que pour la fourniture directe de services par les exploitants directs de réseaux;
- (3) la liberté totale, pour les exploitants, d'exploiter et de développer leurs réseaux, qu'il s'agisse de leurs propres infrastructures, d'infrastructures tierces ou d'un partage des deux;
- (4) la suppression des restrictions en matière d'offres de services combinés à travers réseaux fixes et mobiles;

(5) le fonctionnement et la fourniture de services paneuropéens, cf. Towards the Personal Communications Environment: Green Paper on a Common Approach in the Field of Mobile and Personal Communications in the European Union, COM (94) 145 Final, du 27 avril 1994.

⁹⁸ Livre Vert Télécom, Positions proposées (Fig. 13), lettre B.

⁹⁹ Qu'il s'agisse d'exploitants publics ou privés, que la fourniture de l'infrastructure de réseau s'effectue par des entités concurrentes (British Telecom/Mercury), par plusieurs organes publics différents non-concurrents (cas de l'Italie), ou sur base d'exploitation à l'échelon régional via des concessions publiques (cas du Danemark): cf. Livre Vert Télécom, p. 66.

¹⁰⁰ Livre Vert Télécom, pp. 66-69.

¹⁰¹ Livre Vert Télécom, p. 65.

¹⁰² Livre Vert Télécom, p. 81.

¹⁰³ L'article 90§3 du traité CEE donne compétence d'agir à la Commission, par voie de directives ou de décisions appropriées adressées aux Etats membres, pour l'application des dispositions de l'article 90. Il a été vu plus haut combien cette compétence propre de la Commission était contestée.

¹⁰⁴ L'article 100 A du traité CEE concernait le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire à la réalisation du marché intérieur, tel que défini à l'article 8 A du traité CEE (aujourd'hui, article 7 A du traité instituant la Communauté européenne: cf. article G (point 9) du

C'est précisément sur base de l'article 100 A que fut adoptée la directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux équipements terminaux de télécommunications, incluant la reconnaissance mutuelle de leur conformité¹⁰⁷. C'est également sur cette base que fut adoptée la directive dite "ONP-cadre" du 28 juin 1990 poursuivant l'objectif suivant relatif à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications : harmoniser les conditions d'accès et d'utilisation du réseau public et des services publics de télécommunications afin de réaliser un marché intérieur des services de télécommunications^{108 109}. Au demeurant, les principes fondamentaux de l'ONP concernent à la fois la transparence, la non-discrimination et la proportionnalité, ainsi que le respect intégral du droit communautaire, et notamment les règles de concurrence¹¹⁰. Ce faisant, seules des "exigences essentielles"¹¹¹ peuvent permettre de restreindre l'accès aux réseaux publics de télécommunication ou aux services publics de télécommunications¹¹². Quoique les exigences essentielles ne soient pas définies individuellement dans la directive ONP-cadre

traité sur l'Union européenne). L'article 100 A donnait compétence d'agir au Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen. L'on signalera que le Conseil agissait à la majorité qualifiée (54 voix sur 76 : cf. article 148 du traité CEE), et que l'unanimité était requise du Conseil dès lors qu'il voulait amender la proposition de la Commission (cf. article 149 du traité CEE). Cette procédure, connue sous le nom de "procédure de coopération", donnait évidemment une main forte à la Commission. Notons que l'article 149 du traité CEE a été abrogé par l'article G (point 45) du traité sur l'Union européenne. La procédure de coopération est reprise aujourd'hui à l'article 189 C du traité instituant la Communauté européenne. Les dispositions de l'article 189 B du traité sur l'Union européenne (c'est-à-dire la procédure de codécision) régissent aujourd'hui la réalisation des objectifs énoncés à l'article 7 A du traité instituant la Communauté européenne (cf. article 100 A, paragraphe 1er nouveau de ce traité).

¹⁰⁵ Sur ces deux articles, de libéralisation et d'harmonisation, et sur le rôle respectif de la DG IV et de la DG XIII, cf. G. DANG N'GUYEN, A. BLANDIN, "Between Consensus and Competition", in J.P. CHAMOUX, (Editor), Deregulating Regulators: Communication Policies for the 90s, Amsterdam, IOS Press, 1990, pp. 117-142.

¹⁰⁶ En prolongement du traité sur l'Union européenne, il convient de signaler l'instrument nouveau que constitue la procédure de codécision (article 189 B) qui s'applique notamment dans le domaine des réseaux transeuropéens (article 3 modifié, articles 129 B, 129 C, et 129 D nouveaux du traité instituant la Communauté européenne).

¹⁰⁷ Directive du Conseil n°91/263/CEE du 29 avril 1991, J.O.C.E. n°L 128/1 du 23 mai 1991. Cette directive abroge, en son article 16, la directive n°86/361/CEE du 24 juillet 1986, concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunications, J.O.C.E. n°L 217/21 du 5 août 1986.

¹⁰⁸ Directive "ONP-cadre".

¹⁰⁹ En termes pratiques, les conditions d'accès au réseau concernent : les normes et interfaces pour l'interconnexion, les principes de tarification et l'attribution de fréquences.

¹¹⁰ Sur l'ONP comme "moyen de dérégulation", cf. V. HATZOPOULOS, "L'Open Network Provision' (ONP) moyen de la dérégulation", Rev. trimestrielle de droit européen, n°1, janvier-mars 1994, pp. 63-99. Sur une vision plus réservée de l'ONP, cf. N. HIGHAM, "Open Network Provision in the EC: a step-by-step approach to competition", Telecommunications Policy, May/June 1993, pp. 242-249.

¹¹¹ C'est-à-dire des raisons de nature non-économique : voir Considérant 6 de la directive.

¹¹² Article 3§2 de la directive "ONP-cadre". Par "exigences essentielles", sont visés:

- (1) la sécurité du fonctionnement du réseau;
- (2) le maintien de l'intégrité du réseau;
- (3) l'interopérabilité des services, dans les cas justifiés;
- (4) la protection des données dans les cas appropriés.

elle-même¹¹³, elles sont déterminées quant à leur application aux lignes louées et à la téléphonie vocale dans la réglementation communautaire y afférente^{114 115}.

Au reste, la normalisation des conditions harmonisées pour la fourniture du réseau ouvert se fait progressivement, par, et à l'initiative de la Commission¹¹⁶, suivant une liste de domaines arrêtée par le Conseil¹¹⁷. A ce jour, la directive ONP-cadre a été suivie d'une directive pour la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées¹¹⁸, et de deux recommandations concernant, l'une, les services de transmission de données par commutation de paquets (STDCP)¹¹⁹, et l'autre, le réseau numérique à intégration de services (RNIS)¹²⁰. L'adoption d'une proposition de directive relative à l'application des principes ONP à la téléphonie vocale¹²¹ était prévue avant le 1er janvier 1994, mais elle s'est heurtée, notamment, à des obstacles procéduraux, à savoir l'application de la procédure de codécision de l'article 189 B du traité instituant la Communauté européenne¹²². En théorie, l'instrument indiqué pour l'ONP est la directive¹²³, mais il

est à remarquer que seule la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées a fait l'objet d'une directive, tandis que les deux autres initiatives en la matière ont été prises par voie de recommandation¹²⁴ qui ne lient pas les Etats membres des Communautés¹²⁵.

Sur base de l'article 90§3 du traité CEE, la Commission adopta en 1990 une directive "services"¹²⁶. Cette directive consacre le principe de prestation exclusive par les organismes de télécommunications pour les services réservés¹²⁷ et le principe corrélatif de la libéralisation de tous les autres services ("services concurrentiels")¹²⁸. Avec la directive ONP-cadre, ces deux directives "forment l'ossature du paysage réglementaire des télécommunications dans la Communauté"¹²⁹. Le lien entre la directive services et la directive ONP-cadre est en effet étroit^{130 131}. Pour que la mise en oeuvre d'un marché commun des services de télécommunications soit effective¹³², la libéralisation acquise d'un côté exigeait l'harmonisation des conditions d'accès aux réseaux publics de l'autre (étant entendu qu'il s'agit de l'accès des autres opérateurs publics et des fournisseurs privés de services)¹³³. Il revenait par conséquent à la directive ONP-cadre de préciser ces

113 Engendrant le risque de "vider de leur substance les directives sur la libéralisation des services et l'ouverture du réseau" s'ils sont définis de manière trop large; cf. Ph. DEFRAIGNE, "Les développements récents en matière de libéralisation des services de télécommunications dans la réglementation européenne", *D.I.T.*, 1989/2, pp. 57-64, p. 62.

114 Directive du Conseil n°92/44/CEE du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, J.O.C.E. n°L 165 du 19 juin 1992 (article 6). La formule est la suivante: "les exigences essentielles spécifiées à l'article 3 paragraphe 2 de la directive 'ONP-cadre' s'appliquent de la manière suivante" (aux lignes louées, ou bien au réseau téléphonique public et au service de téléphonie vocale). Suit force explications: à titre d'exemple, pour circonscrire la notion de "sécurité de fonctionnement du réseau", la Commission entend par "situation d'urgence": "un cas exceptionnel de force majeure tel que: conditions météorologiques extrêmes, inondations, foudre ou incendie, grèves ou lock-outs, opérations militaires ou troubles civils".

115 Proposition de directive du Conseil n°92/C 263/02 relative à la téléphonie vocale des principes de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP), COM (92) 247 final - SYN 437, présentée par la Commission le 28 août 1992, J.O.C.E. n°C 263 du 12 octobre 1992 (cf. article 21); Avis du Comité économique et social n°93/C 19/31 sur la proposition de directive du Conseil relative à l'application à la téléphonie vocale de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP), J.O.C.E. n°C 19 du 25 janvier 1993.

116 Dans sa tâche, la Commission est assistée d'un comité consultatif (dit "comité ONP") composé de représentants des Etats membres des Communautés (cf. article 9 de la directive "ONP-cadre").

117 Annexe I de la directive "ONP-cadre".

118 Précitée.

119 Recommandation du Conseil n°92/382/CEE du 5 juin 1992 relative à l'offre harmonisée d'un ensemble minimal de services de transmission de données par commutation de paquets (STDCP) conformément aux principes de la fourniture de réseau ouvert (ONP), J.O.C.E. n°L 200 du 18 juillet 1992. A souligner le retard de 12 mois par rapport à l'objectif fixé dans la directive "ONP-cadre" (annexe III paragraphe 3).

120 Recommandation du Conseil n°92/383/CEE du 5 juin 1992 relative à l'offre de possibilités harmonisées d'accès au réseau numérique à intégration de services (RNIS) et d'un ensemble minimal d'offres RNIS conformément aux principes de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP), J.O.C.E. n°L 200 du 18 juillet 1992. A souligner le retard de 6 mois par rapport à l'objectif fixé dans la directive "ONP-cadre" (annexe III paragraphe 4).

121 Précitée.

122 Cf. (à titre de rappel) l'article 100 A, paragraphe 1er du traité instituant la Communauté européenne, qui prévoit l'application de la procédure de codécision pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 7 A (l'établissement du marché intérieur). Cf. aussi le problème de la "comitologie" relatif aux modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission: Décision du Conseil n°87/373/CEE du 13 juillet 1987, J.O.C.E. n°L 197 du 18 juillet 1987. En résumé, et en l'espèce, le Conseil de l'Union européenne préconise le recours à un comité de réglementation (de type III A) pour les dispositions relatives à la convergence au niveau communautaire et pour les adaptations techniques. Pour le Parlement européen, il convient au contraire de supprimer le recours à ce comité de réglementation dans la mesure où ses membres, des représentants des Etats, ont le dernier mot. Le Parlement estime qu'un tel processus viole

l'esprit, sinon la lettre de la procédure de codécision instaurée par le traité de Maastricht. Pour plus de détails, voir *Tech Europe*, avril 1994, II, pp. 17-18.

123 Directive "ONP-cadre", article 6.

124 "This reflects the priorities of the Commission but also the present fragmented state of development of these services across the EC. Directives can be expected later once the initial results of the Recommendations have been assessed", P. STRIVENS, A. MARTIN, "Towards a Common Strategy: Telecommunication Regulation in the European Community" (Part 1), *International Edition Telecommunications*, February 1993, pp. 27-35, p. 32.

125 Article 189 du traité CEE (inchangé avec le traité sur l'Union européenne).

126 Précitée.

127 A proprement parler, il n'existe pas de définition communautaire des "services réservés", mais "il semble que la téléphonie vocale constitue le seul candidat évident pour ce type de service" (Livre Vert Télécom, p. 62); cf. Directive "services", article 2.

128 A l'exception toutefois du service télex, de la radiotéléphonie mobile, de la radiomessagerie et des communications par satellite, exclus du champ d'application de la directive "services".

129 S. PRAGER, "Application aux lignes louées des conditions de la fourniture d'un réseau ouvert", *D.I.T.*, 1991/4, pp. 68-70.

130 Il était d'ailleurs question au Conseil télécommunications (Antibes) du 12 septembre 1989 de fonder les deux textes en un seul: cf. A.L. MIE, "CEE: libéralisation des services et 'ONP' dans les télécoms (directives "fourniture d'un réseau ouvert" et "concurrence dans les services de télécommunications, du 28 juin 1990)", *D.I.T.*, 1990/3, pp. 78-80.

131 Pour B. AMORY, les mesures relatives à la fourniture d'un réseau ouvert sont très proches de la problématique des services puisque "la mise à disposition du réseau est un service en soi et l'offre de services de télécommunications se fait à travers ce réseau", B. AMORY, *et alii*, "Vers une nouvelle réglementation des télécommunications", *Cahiers du C.R.I.D.*, n°4, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 181.

132 Par "effective", il faut entendre qu'une concurrence loyale existe entre le gestionnaire du réseau en situation de monopole et les fournisseurs privés de services à valeur ajoutée.

133 D'après G. FEKETEKUTY, l'ONP constitue aussi une réponse à l'utilisation croissante des réseaux privés ("the bypass issue"): "The large and growing gap between the charges imposed by the telecom monopoly for the use of the public network and the cost of establishing a private network has made use of the public network unattractive to many businesses (...) another major reason why businesses have established private networks is that it gives them greater control over the switching of traffic, and hence greater control over the quality of the circuits used to transmit vital business information (...) Efforts are (...) under way in Europe and the United States to give business users of the public switched network greater control over switching, thus reducing the need for private networks. In the United States more control over switching will be made possible by ONA (Open Network Architecture) and in Europe by ONP (Open Network Provision)", in H.M. SAPOLSKY, R.J. CRANE, W.R. NEUMAN, E.M. NOAM, *The Telecommunications Revolution: Past, Present, and Future*, New York, Routledge, 1992, pp. 182-183.

conditions harmonisées d'accès et d'utilisation en faveur de tous les utilisateurs¹³⁴ de réseaux publics de télécommunications et, le cas échéant, des services publics de télécommunications¹³⁵.

Autre initiative prise dans le prolongement du Livre Vert Télécom fut l'adoption de la directive relative à la concurrence dans le marché des terminaux de télécommunications (également sur base de l'article 90§3 du traité CEE)¹³⁶. Au demeurant, il n'est pas besoin d'y revenir en détail (cf. *supra*).

Apport à la réflexion sur le service public ou service universel

Que conclure de cette deuxième étape? Elle confirme et amplifie de manière essentielle cette fois la rupture de l'équation entre service public et monopole.

L'article 90 § 2 dispose en effet que : "Les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole sont soumis aux règles de concurrence".

Le Livre Vert de 1987 prône la libéralisation de certains marchés, en particulier des terminaux et des services, et définit en une première approche ce qui serait le noyau dur de la mission de service public, l'infrastructure et quelques services dont certains pourraient, comme l'infrastructure, rester le monopole des entreprises publiques. Enfin, il prévoit d'enlever aux entreprises publiques tout pouvoir de réglementation.

Le service public serait donc l'infrastructure et quelques services. Attardons-nous à chacun de ces composants et à la manière dont progressivement à travers les textes de la Commission ou du Conseil, voire de la jurisprudence, ces deux composants ont progressivement été interprétés.

- Les services

La directive du 28 juin 1990 envisage deux types de service public, d'une part, ceux dits réservés qui pourraient rester l'objet d'un monopole : le service de téléphone vocale et la revente de capacités de circuits loués, d'autre part, des services comme le transport de données pour lesquels aucun monopole ne se justifie plus mais dont l'exploitation doit faire l'objet de licences afin de garantir le respect des exigences du service public.

Ainsi, premièrement, il est remarquable de constater que, conformément à la jurisprudence de la Cour (arrêts *British Telecom* de 1985 et *RTT* de 1991), la Commission estime qu'au cas où une entreprise en monopole ne peut plus satisfaire à la demande du marché, que ce soit d'un point de vue quantitatif ou qualitatif, les droits

¹³⁴ La proposition de directive ONP-téléphonie vocale (précitée) donne du mot "utilisateurs" la définition suivante : "les usagers finals, y compris les consommateurs (à savoir les usagers finals privés) et les prestataires de services, y compris les organismes de télécommunications lorsque ces derniers fournissent des services dans le cadre d'une concurrence effective ou potentielle".

¹³⁵ Sont exclus du champ d'application de la directive ONP-cadre le problème des moyens de communication de masse (transmission et diffusion des programmes de télévision par des techniques de télécommunications) et la question des communications par satellite : voir Livre Vert sur une approche commune dans le domaine des communications par satellites dans la Communauté européenne, Communication de la Commission en date du 20 novembre 1990, COM (90) 490, appelé ci-après "Livre Vert satellite", et Résolution du Conseil n°92/C8/01 concernant le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications par satellites, J.O.C.E. n°C 8 du 14 janvier 1992.

¹³⁶ Précitée.